LAW REVIEW

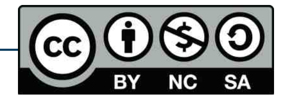
ADRIANA ORELLANA UBIDIA
adriana.orellana@estud.usfq.edu.ec

El área gris entre la relatividad de los contratos y la inclusión de terceros no signatarios en el arbitraje

Resumen

El presente ensayo tiene por objeto analizar si las teorías de extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios se contraponen con el principio de la relatividad contractual. Para llegar a una respuesta se ha examinado varias jurisprudencias donde se ha determinado que es posible incluir a un tercero no signatario al proceso arbitral con base en el consentimiento implícito. Así, intentaré demostrar que en base a conductas manifestadas antes, durante o después de la celebración del convenio arbitral, se puede consentir al arbitraje a pesar de no haber suscrito el mismo y, además, sin provocar una colisión con el principio res inter alios acta.

Palabras claves: Arbitraje, convenio arbitral, relatividad contractual, terceros no signatarios, consentimiento implícito, actos propios, *res inter alios acta*.



1. Introducción

Siendo el principio *res inter alios acta* fundamental en el derecho, no cabría pensar que un acuerdo realizado entre dos partes pueda posteriormente afectar la esfera jurídica de un tercero que no celebró contrato alguno. Sin embargo, dentro de un arbitraje, la teoría de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios hace que esto sea posible.

El hecho de que exista la posibilidad de vincular a un tercero a un procedimiento arbitral, en virtud de una cláusula que no ha consentido de manera expresa, hace notar que parecería existir una contradicción entre el principio de la relatividad contractual y, además, con el de la necesidad del consentimiento para someterse al arbitraje. Sin embargo, en el presente ensayo se intentará demostrar que no es del todo precisa aquella apreciación por lo que no se produce ninguna contradicción con el principio de la relatividad de los contratos, debido a que es posible flexibilizar la visión que se tiene de dicho principio. En consecuencia, la seguridad jurídica del arbitraje no se ve vulnerada y los principios fundamentales del derecho mantienen su armonía.

2. La piedra angular del arbitraje: El consentimiento

La existencia de un convenio arbitral es el requisito procesal *sine qua non* para que un tribunal arbitral sea competente para resolver sobre el fondo de la controversia. A fin de que exista dicho convenio, en palabras de Fouchard, es necesaria "una concurrencia de manifestaciones de voluntad real de las partes para someterse a arbitraje y, de no existir

ésta, el convenio adolecerá de falta de consentimiento."[1] De la misma manera, González de Cossío establece que el consentimiento es un requisito de existencia del acuerdo arbitral sin el cual el acto jurídico es inexistente. A falta de dicho requisito de existencia, se estaría en presencia de la nada jurídica puesto que *ex nihilo nil fit*.[2]

Debido a que la cláusula arbitral es una renuncia a ser juzgado por los tribunales ordinarios, trae consigo una trascendencia tal, que hace imprescindible la existencia de una voluntad expresa e inequívoca.[3] Por esta razón, el consentimiento es considerado como la piedra angular del arbitraje, ya que sin éste sería imposible activar la vía arbitral.

De la necesidad de la existencia de éste consentimiento se deriva la regla de que una parte no puede estar sujeta a un acuerdo de arbitraje a menos que por su voluntad se haya atado al mismo.[4] La Corte Suprema de los Estados Unidos ha corroborado ésta tesis en el caso *AT&T Technologies c. Communications Workers* al argumentar que:

> El arbitraje es una cuestión de convenio y una parte no puede ser obligada a someter a arbitraje cualquier disputa que no se ha comprometido a someter. Este axioma reconoce el hecho de que los árbitros derivan su autoridad para resolver disputas sólo porque las partes han convenido de antemano a presentar dichas quejas ante un proceso arbitral.[5]

Finalmente, para cerrar este primer punto, podemos agregar que muchos cuerpos normativos, tanto nacionales como internacionales, mencionan la importancia de la presencia expresa de este consentimiento para que las partes puedan someterse a un procedimiento arbitral. Tenemos por ejemplo la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, que en sus artículos 4, 5 y 6 menciona que se debe dejar constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. También tenemos la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional cuyo artículo 7 enfatiza que el acuerdo arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje sus controversias.

De esta manera, podemos llegar a una primera afirmación categórica, en las palabras de William Park: "así como el romance consumado, el arbitraje se basa en el consentimiento."[6]

3. El principio Res inter alios acta

Este principio denominado "principio del efecto relativo de los contratos" establece que las reglas contractuales no pueden obligar a terceros. Su razón dogmática se basa en que el contrato es un acto jurídico bilateral con fuente en la autonomía privada y sólo causa obligaciones para quienes lo celebran.[7] Es así que los efectos jurídicos de un contrato son limitados, y por ello se dice que no pueden perjudicar a terceros si es que no han participado en su celebración. Esta regla se encuentra expresada en el Código Civil ecuatoriano que dispone

1 Fouchard, Gaillard, Goldman. *International Commercial Arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International, 1999, p. 255.

2 Cfr. Francisco González de Cossío. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 63.

3 Fouchard, Gaillard, Goldman. *International Commercial Arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International, 1999, p. 260.

4 George A. Bermann. "The Gateway Problem in International Commercial Arbitration." *The Yale Journal of International Law* , p. 5.

5 Corte Suprema de los Estados Unidos. *At&T Technologies c. Communications Workers*. Caso Nº 475 U.S. Sentencia de 7 de abril de 1986.

6 William W. Park. "Non signatories and International Contacts: an Arbitrator's Dilemma". *Multiple Party Actions in International Arbitration 3*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 1.

7 Ricardo Luis Lorenzetti. *Tratado de los Contratos. Parte General.* Segunda Edición. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2010, p. 492.

en su artículo 1561 lo siguiente: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

En palabras de Spota, el contrato, por definición, tiene como consecuencia establecer, conservar, transmitir, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales entre sus otorgantes y, por regla general, entre sus sucesores universales; pero no sucede lo mismo en cuanto a terceros ajenos a esa relación pues no hay carga alguna que pese sobre ellos[8]. Asimismo, como los terceros no están involucrados en los contratos que no han celebrado, tampoco éstos pueden invocar los contratos cuya voluntad no ha concurrido a formar la convención, por lo que no les genera ningún derecho a su favor. Con esto dicho, es posible extraer dos reglas del mencionado principio: la primera es que los efectos de los contratos se producen entre las partes y la segunda regla es que los contratos no pueden ser opuestos a terceros, ni invocados por ellos.

Aplicando estas reglas en materia de arbitraje es necesario establecer que, para que sea viable un proceso arbitral se requiere la voluntad manifiesta de las partes para que los árbitros sean competentes, tal como señala el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación. En virtud del principio *res inter alios acta* , el convenio arbitral únicamente surte efectos jurídicos para las partes que lo han suscrito, ya que tan solo éstas demuestran su intención de acudir a la vía arbitral.[9] Ratificando éste argumento, Patricio Aylwin Azócar explica que las convenciones sólo afectan a las partes que expresan su voluntad, ya que sin esta manifestación de voluntad no se puede extender los efectos del convenio a ninguna otra parte.[10]

La jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso Procter & Gamble c. Agencia Almadena S.A., decidió que "el arbitraje solo puede producir efectos para las partes que lo han convenido, ya que son ellas las que han concurrido al pacto."[11] Asimismo, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el caso CCI No. 6519, resolvió que "se aplica la cláusula arbitral solo a la parte que intervino en el negocio y no se la extiende a otras partes relacionadas por no haber tenido una participación efectiva en éste."[12] La razón de ser de este principio es evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a someter sus determinadas controversias a arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales de la justicia ordinaria.[13]

Por lo tanto, al convenio arbitral, al ser un negocio jurídico, se le aplica el principio de la relatividad y, en consecuencia, éste no puede influir en la esfera jurídica de terceros. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de que los principios analizados se encuentran muy enraizados en la doctrina, se ha desarrollado la teoría de la extensión de los efectos de un acuerdo arbitral, la misma que será analizada a continuación.

8 Cfr. Alberto Spota. *Contratos Instituciones del Derecho Civil*. Argentina: La Ley, 2009, p. 294.

9 Fouchard, Gaillard, Goldman. *International Commercial Arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International, 1999. p. 289.

10 Patricio Aylwin Azócar. *El Juicio Arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 220.

11 Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. *Procter & Gamble c. Agencia Almadena S.A.* 2 de Junio de 1999.

12 CCI No.6519. Cámara de Comercio Internacional. 1991

13 Cfr. Eduardo Silva Romero. *El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje*. Lima Arbitration, 2010 / 2011, p. 56.

4. La colisión de principios: El dilema de los árbitros

A pesar de lo explicado en líneas anteriores, existen árbitros que se declaran competentes para conocer casos que involucran a entidades o individuos que nunca firmaron o acordaron expresamente una cláusula arbitral. Al respecto, Roque Caivano comenta que no hay dudas acerca de la posibilidad de incorporar al juicio arbitral a quien no ha sido firmante de la cláusula arbitral ya que el solo hecho de no ser firmante directo del acuerdo no implica que no pueda verse obligado por sus efectos.[14]

En este sentido, la abolición del requisito de la firma en los convenios arbitrales tiene implicancias importantes, como que la determinación de la existencia del consentimiento no se centrará en determinar si las partes plasmaron su rúbrica, sino en saber si se está en presencia de algo mucho más importante como lo es un acuerdo de voluntades.[15] Lo anterior se puede ver reflejado dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana que en su artículo 6 menciona lo siguiente:

> Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Frente a esta posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios surgen varios conflictos entre principios fundamentales, por lo que son los árbitros quienes deben ponderar en el caso concreto.

Uno de estos conflictos que se deriva de la expansión del alcance de la cláusula arbitral es la tensión entre la flexibilidad del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos y la seguridad jurídica que se espera de todo proceso. Por un lado, se trata de mantener la naturaleza consensual del arbitraje, pero por otro también se trata de mantener la efectividad práctica del laudo al maximizar su alcance, extendiendo los efectos de la cláusula a terceros no signatarios.

5. Teoría de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios

Ahora pasaremos a desarrollar los argumentos pertinentes sobre la teoría de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral o como es llamada en el derecho anglosajón, *joinder*. En primer lugar, trataremos algunas precisiones conceptuales en cuanto al nombre que se le ha dado a la teoría. Luego pasaremos a analizar las razones por las que los efectos de la cláusula alcanzan a terceros y finalmente conoceremos el medio por el que estos terceros son vinculados al proceso a través de su consentimiento implícito.

5.1 Precisiones conceptuales

Dentro de la tradición continental, la teoría en análisis es llamada "extensión de los efectos de un acuerdo arbitral", en tanto en la tradición anglosajona es llamada " *joining non-signatories* " o unir a no

14 Cfr. Roque Caivano. *El Arbitraje y Grupo de Sociedades. Extensión de los Efectos de la Cláusula Arbitral a quienes no han sido Signatarios*. Lima Arbitration. (2006), p. 124.

15 Cfr. Francisco González de Cossío. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008.

signatarios.

Según el profesor William Park, estas expresiones no son las precisas por las siguientes razones: en primer lugar, "extensión" de una cláusula arbitral podría sugerir una imposición de un deber más allá del círculo de aquellos quienes han aceptado la jurisdicción arbitral. Esto, tomando en cuenta que el consentimiento, incluso el que se encuentra implícito de las circunstancias, se mantiene como la piedra angular del arbitraje.

De la misma manera, " *joining non-signatories* " (unir a no firmantes) podría ser mal interpretado al asumir que las firmas de las partes en el convenio arbitral son necesarias para crear el vínculo que obligue a las partes a arbitrar, cuando muchos sistemas legales desarrollados reconocen los acuerdos arbitrales que no han sido firmados.[16]

En efecto, los nombres que se han dado en la teoría no son los más precisos, ya que se considera que por el equívoco en la denominación se ha creado la idea que la posibilidad de vincular a terceros es una contraposición al principio *res inter alios acta*. En primer lugar porque estos "terceros" no son del todo ajenos a la relación contractual y, en segundo lugar, porque el consentimiento puede ser expresado de diversas maneras una de ellas por ejemplo es la expresión del consentimiento de manera implícita. Es por esta razón que se plantea un cambio de nombre a esta teoría y se propone el nombre de *pacto arbitral contraído por medio del consentimiento implícito*. Las justificaciones para proponer este nombre serán analizadas en los siguientes puntos a tratar.

5.2 El núcleo del interés negocial como fundamento para la extensión de los efectos

El fenómeno de la extensión de la cláusula arbitral puede darse cuando un tercero no signatario manifiesta su consentimiento con el negocio jurídico a través de un medio distinto a la suscripción del mismo.[17] Por este motivo, la doctrina establece que el solo hecho de no ser firmante directo del acuerdo o parte formal, no implica que no pueda verse obligado por sus efectos.[18] A la parte sustancial o aquella titular de los intereses negociales se le pueden extender los efectos de un contrato ya que como los explica Messineo: "parte no es específicamente toda persona que concurre a la celebración del contrato sino solamente aquellas que configuran el "centro de intereses del negocio."[19]

Los sujetos que conforman el núcleo del interés negocial, como lo menciona Alessandri, pueden manifestar dos calidades: (i) parte formal y (ii) parte sustancial. La parte formal se define como aquella que concurre a expresar su voluntad en la celebración del negocio jurídico; mientas que parte sustancial puede ser definida como aquella que es titular de los intereses negociales que constituyen la relación jurídica.[20] Generalmente, en los negocios jurídicos tanto la calidad formal como la sustancial

16 Cfr. William W. Park. "Non signatories and International Contacts: an Arbitrator's Dilemma". *Multiple Party Actions in International Arbitration 3*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 2.

17 Hugo García Larriva. "Partes No Signatarias del Convenio Arbitral: Entre la Realidad Económica y la Ficción Jurídica". *Revista de Arbitraje* (2011), p. 15

18 Cfr. Roque Caivano. "El Arbitraje y Grupo de Sociedades. Extensión de los Efectos de la Cláusula Arbitral a quienes no han sido Signatarios". *Lima Arbitration* (2006), p. 4

19 Francesco Messineo. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

20 Cfr. Arturo Alessandri. y Manuel Somarriva. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo segundo.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 407.

suelen concurrir en una misma parte. Sin embargo, es posible que estas calidades se encuentren en partes distintas, pero confluyendo en fin, en un mismo centro de interés del negocio.

Es así que si la parte sustancial o aquella titular de los intereses negociales se encuentra disociada de la formal no impediría que los efectos jurídicos del negocio se afinquen en la primera, como si hubiese intervenido directamente.[21] En los laudos preliminares sobre competencia, dictado en los casos de la Cámara de Comercio Internacional CCI No.7604 y CCI No.7610, se resolvió que corresponde:

> […] la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, lo que lleva a considerar a ese tercero como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral.[22]

Por tanto, es el interés real el que debe vincularse mediante acuerdo de arbitraje. Esto implica, en definitiva, identificar la realidad económica subyacente a la relación contractual.[23] Es así, que es posible dar una primera respuesta en cuanto al choque contra el principio de la relatividad contractual y decir, en palabras de Fernando Cantuarias y Roque Caivano que:

> Esta regla, que no significa romper con el principio básico conforme el cual el arbitraje es estrictamente voluntario, implica que, dadas ciertas circunstancias de hecho particulares, es posible considerar que alguien ha expresado su conformidad a someterse a arbitraje, aun en ausencia de una expresa y forma aceptación.[24]

De esta forma, se puede justificar que en sí no significa que se va a vincular al proceso arbitral a un "tercero", sino que más bien, se trata de vincular a partes sobre quienes recaen los efectos del negocio jurídico celebrado y, que por tanto, están legitimadas para ser partes procesales. Por esta razón, se puede confirmar una vez más que el principio de la relatividad de los contratos no se encuentra vulnerado, ya que basados en los hechos particulares de cada caso, se puede concluir que no es un tercero, sino parte sustancial del negocio jurídico, separada de la formal.

5.3 El consentimiento implícito como medio de suscripción del convenio arbitral

Debido a que en aplicación de la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios no existe una manifestación expresa de la voluntad, es necesario un medio distinto para suscribir este negocio jurídico. Este medio distinto de celebrar el convenio arbitral es a través del consentimiento implícito.

Eduardo Silva Romero señala que el principio del consentimiento implícito es el que permite derivar de la participación de una parte en la negociación, celebración, ejecución o resolución del contrato su aquiescencia a someterse al convenio arbitral.[25] Es decir que el consentimiento implícito se requiere para mostrar la existencia de una intención de que la parte que no ha firmado el contrato, desea

21 Cfr. Hugo García Larriva. "Partes No Signatarias del Convenio Arbitral: Entre la Realidad Económica y la Ficción Jurídica". *Revista de Arbitraje* (2011), p. 17.

22 CCI No. 7604-7610. Cámara de Comercio Internacional. 1995

23 Cfr. Francisco Orrego Vicuña. *La extensión de la cláusula Arbitral a Terceros: Realidades económicas y ficciones jurídicas.* Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011. p. 363.

24 Eduardo Silva Romero. "El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje". *Lima Arbitration* (2010 / 2011) p. 60.

25 Eduardo Silva Romero. "El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje". *Lima Arbitration* (2010 / 2011) p. 62.

que se le aplique tanto el contrato principal como la cláusula arbitral.

Siguiendo la misma línea de pensamiento la Corte de Apelaciones de París dentro del fallo paradigmático, llamado caso "Jaguar", precisó el principio del "consentimiento implícito" con las siguientes palabras:

> [E]n el derecho del arbitraje internacional, los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato cuando su situación y sus actividades hacen presumir que han tenido conocimiento de la existencia y del alcance de la cláusula, con el fin de que el árbitro pueda familiarizarse con todos los aspectos económicos y jurídicos de la controversia.[26]

Por su parte, Jean-Claude Dubarry y Eric Locquin, árbitros en el caso Société V 2000 c. Société Project XJ 220 Ltd., precisaron que: "[l]a extensión resulta de la implicación del operador en la ejecución del contrato (elemento objetivo) y de la presunción de conocimiento de la cláusula compromisoria que resulta de su situación o de sus actividades (elemento subjetivo)."[27] De la misma manera, en sentencia de 16 de octubre del 2003, el Tribunal Federal Suizo rechazó un *recours de droit public* (recurso de anulación) en contra de un laudo CCI en el cual se había decidido que:

> El fundamento jurídico de la extensión de la cláusula compromisoria a un tercero no signatario reside en los usos del comercio internacional, en virtud de los cuales la participación de un no signatario en la negociación o ejecución del contrato constituye el elemento determinante. La posibilidad de tal extensión es admitida por el derecho suizo bajo el fundamento de la voluntad real de las partes, o en su defecto, bajo el principio de la buena fe.[28]

Así, es posible constatar que para consentir somenterse a un convenio arbitral basta el consentimiento implícito. Este existe, simplemente, con una conducta de la cual, a través de un proceso de deducción lógica, se hace posible extraer una conclusión inequívoca, y desprender una manifestación de voluntad implícita.

Adicionalmente, la teoría del consentimiento implícito posee dos ventajas básicas debido a su naturaleza general. Una de estas ventajas es su flexibilidad y adaptabilidad, lo que faculta a cortes y tribunales a que la apliquen dentro de una gran variedad de escenarios. La otra ventaja es que se basa en conceptos fundamentales de los contratos, lo que ha permitido que esta teoría trascienda barreras nacionales, razón por la cual en ocasiones ha sido tomada como un principio transnacional[29].

Luego de todo lo expuesto, podemos rescatar dos puntos concretos. El primero es que una parte puede no haber concurrido a la celebración del contrato pero, aun así, ser parte del centro de interés negocial. Lo segundo es que si la parte no firmante del contrato actúa en el mismo de manera que haga evidente que posee un interés en el negocio jurídico, podrá ser vinculada al convenio arbitral a través del consentimiento implícito demostrado. Esta es la hipótesis general utilizada en las diversas teorías de extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros, las cuales serán analizadas en el punto a seguir.

---

26 *Société V 2000 c. Société Project XJ 220 Ltd.* Corte de Apelación de París. 7 de diciembre de 1994

27 Ibíd.

28 Decisión del tribunal Federal Suizo. *Revue de l'Arbitrage No. 34P-115/2003*. Sentencia de 16 de octubre de 2003.

29 Cfr. Stavros Brekoulakis. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 129.

6. Teorías de *joinder*

Este principio del consentimiento tácito es fundamental para la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, ya que en virtud del mismo se desplegarán diversas teorías para vincular a terceros al proceso arbitral. Las principales teoría utilizadas en el arbitraje comercial internacional, a su vez comparten rasgos similares. Estas son las siguientes: Teoría del grupo de sociedades y la Doctrina de los actos propios.

6.1 La teoría del grupo de sociedades

La teoría del grupo de sociedades se basa en la extensión del convenio arbitral, firmado por una o más compañías de un grupo, alcanzando a un miembro no signatario del contrato perteneciente al mismo grupo de compañías.[30] Esta posibilidad parte de la idea de que los grupos multinacionales que operan a través de varias filiales, subsidiarias o compañías *holding* , deben ser tomados como una unidad y no como varias entidades independientes.

Esta doctrina parecería ir en contra del principio de la relatividad de los contratos ya que un acuerdo arbitral celebrado por una compañía de un grupo no podría vincular a otro miembro, el cual posee personalidad jurídica diferente. Sin embargo, el consentimiento implícito juega un papel preponderante en la aplicación de esta teoría, por lo que es posible conciliar la aparente contrariedad con el principio de la relatividad.

Así, un tribunal extenderá los efectos de una cláusula arbitral a un no signatario miembro de un grupo de compañías, en tanto y en cuanto, se demuestre que éste dio su consentimiento de manera implícita, de modo que las partes firmantes lo hayan tomado como una parte más del contrato. Para esto, la teoría del grupo de sociedades cuenta con tres requisitos concurrentes para su aplicación.

El primero es la existencia de un grupo de compañías bajo una estructura cohesiva. Los tribunales examinarán la estructura del grupo de compañías, la cual debe ser cercana y, además, debe contar con fuertes vínculos financieros y organizacionales.[31] Asimismo, se puede evidenciar una estructura cohesiva cuando varias compañías comparten derechos de propiedad intelectual, activos, recursos financieros o humanos, cuentas de bancos, nombre corporativo y marcas.[32]

El segundo requisito corresponde a la conducta decisiva que desarrollan los no signatarios en la vida contractual.[33] Esto es, la participación de la compañía no signataria en la negociación, ejecución o terminación del contrato que contiene la cláusula arbitral. Esto puede verse claramente reflejado en el caso 6000 de la Cámara de Comercio Internacional donde el tribunal, luego de haber constatado el rol activo de la compañía no signataria en la vida contractual, decidió extender los efectos del convenio arbitral con base en la identidad única entre las compañías demandadas.

Finalmente, el tercer requisito es la intención común de las partes de acudir a arbitraje. Esto es, que la estructura del grupo y la participación activa del no signatario debe ser tal, que sugiera que su intención era vincularse al convenio arbitral con las partes.[34] El

30 Stavros Brekoulakis. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 149.

31 Cfr. Stavros Brekoulakis. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 154.

32 *Id.*, p. 155.

33 Cfr. Fouchard, Gaillard, Goldman. *International Commercial Arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International, 1999, p. 284.

34 Cfr. Stavros Brekoulakis. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 162.

tribunal debe examinar si el grupo de compañías hizo creer razonablemente a la contraparte que el miembro no signatario era efectivamente parte del contrato aunque no lo haya firmado. Esto podrá inferirse si el no signatario tiene un interés en conducir los negocios con el grupo de compañías en conjunto.

Luego de que convergen estos requisitos, se constituye *facta concludentia* de que dos o más compañías actúan como una misma realidad económica. Es por esto que el Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional en el caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain* , concluyó que era pertinente extender la cláusula arbitral a empresas dentro del grupo de sociedades con base en que:

> "[…] la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos."[35]

Lo que se puede extraer de los casos planteados es que la conducta de las partes resulta ser lo decisivo en la vida contractual. Por tanto, es posible concluir que al cumplir los tres requisitos mencionados, es indudable que las partes actúan como una misma realidad económica. En consecuencia, los efectos del convenio se extienden al miembro no signatario del grupo de compañías.

6.2 Estoppel o doctrina de los actos propios

La doctrina de los actos propios implica que "nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro."[36] Si la compañía que toma parte en la celebración o ejecución del negocio jurídico optara por el disenso en cuanto a la cláusula arbitral, constituye una clara contradicción con lo actuado por el mismo sujeto, defraudando así la confianza razonable creada en la contraparte.[37]

La hipótesis de esta doctrina se da cuando una parte pretende evitar la vía arbitral propuesta por la contraparte luego de que su conducta hizo creer razonablemente que había expresado su aceptación con el contenido del contrato y, a su vez, con el convenio arbitral.[38] Por ejemplo, en el caso *Deloitte Noraudit A/S c. Deloitte Haskins & Sells* , la Corte de Apelación de Estados Unidos impidió que la compañía desconociera su obligación de acudir a arbitraje dispuesta en la cláusula incorporada en una carta de intención, la cual la compañía no había firmado pero cuyos beneficios ya había aceptado y de los cuales había usufructuado.[39]

La doctrina de *estoppel* , de forma similar, proviene tradicionalmente del principio legal *non venire contra factum proprium*. Esta regla posee una estrecha relación con el reproche de toda conducta dolosa y con la necesidad de proteger la confianza generada en la contraparte. Dicho esto, es posible colegir que la doctrina en cuestión resulta una aplicación del principio de buena fe expresado en el artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano, así como también en el artículo 1.8 de los Principios

35 Corte de Apelación de Parìs. *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain.* Caso No. 4131. Sentencia de 23 Septiembre de 1982.

36 Marcelo J. López Mesa . *La Doctrina de los Actos Propios.* Tesis de grado. Universitas Javeriana Educación , 2009, p. 191

37 William W. Park. "Non signatories and International Contacts: an Arbitrator's Dilemma". *Multiple Party Actions in International Arbitration 3.* Oxford: Oxford University Press, 200, p. 21

38 Cfr. Stavros Brekoulakis. *Third Parties in International Commercial Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 133.

39 Ibíd., p. 134.

UNIDROIT 2010.

Las Cortes han repetido en varias ocasiones que la investigación que se realiza para aplicar la doctrina de *estoppel* debe basarse en una revisión cuidadosa de las circunstancias fácticas del caso.[40] Así, Roque Caivano explica que para poder extender los efectos de un convenio arbitral a una parte no signataria deben concurrir las siguientes situaciones:

1. Que la parte haya desempeñado un papel activo en las negociaciones de las cuales surgió el contrato en el que se incluyó la cláusula arbitral;

2. Que la parte esté involucrada, activa o pasivamente, en la ejecución del contrato; y

3. Que la parte haya estado representada, efectiva o implícitamente, en el negocio jurídico.[41]

Como hemos podido observar, es en estos casos donde el término "parte no signataria" encuentra su real significado ya que se refiere a una parte que ha consentido someterse a arbitraje aunque no haya firmado el convenio arbitral. De esta manera, las cortes nacionales y tribunales arbitrales han podido evitar que actos de mala fe entre los comerciantes prosperen, haciendo prevalecer la realidad sobre la formalidad.

7. Conclusiones

La regla en materia de negocio jurídico ha sido y continúa siendo que cualquier contrato, como la cláusula arbitral, sólo tiene efectos respecto de las partes que lo celebraron. Sin embargo, el rápido desenvolvimiento del mundo de los negocios muchas veces se adelanta a lo que la ley es capaz de prever y en consecuencia es necesario reconocer algunas excepciones al principio de la relatividad contractual. Como se ha podido explicar, lo que se intenta en los tribunales arbitrales es priorizar la realidad sobre la forma. Es decir que a pesar de que un tercero no haya sido firmante directo del convenio arbitral no significa que, tomando en cuenta el principio de la buena fe y su participación en el negocio, no se puedan extender los efectos del mismo y verse obligado a ser parte del proceso arbitral.

Así, las partes de un convenio arbitral pueden incluir en el proceso a un tercero no signatario con base en el consentimiento implícito. Esta voluntad implícita, además de ser una expresión válida para someterse a arbitraje, es también ampliamente aceptada por las cortes internacionales. Por tanto, no existe un perjuicio para el principio *res inter alios acta* ya que si bien no fueron parte formal del convenio, éstos terceros fueron parte sustancial, es decir, partes genuinas del contrato por lo que son alcanzados por los efectos de la cláusula.

Analizado de esta manera queda claro que tampoco se ve mermada la seguridad jurídica, debido a que será el análisis de las situaciones fácticas el punto determinante para justificar la vinculación a terceros no signatarios. Consecuentemente, el carácter voluntario del arbitraje sigue intacto, ya que lo que se ha desarrollado por medio de la jurisprudencia y doctrina internacional es la interpretación que se le da a la manifestación de voluntad, admitiendo que ésta puede presentarse en diversas formas.

40 Corte de Apelación de Estados Unidos. *Smith/Enron Cogeneration c. Smith Cogeneration Int'l.* Sentencia del 15 de septiembre de 1999.Corte de Apelación de Estados Unidos. *JLM Industries c. Stolt Nielse S.A.* Sentencia del 3 de febrero de 2004.

Corte de Apelación de Estados Unidos. *Astra Oil c. Rover Navigation.* Sentencia del 22 de Septiembre de 2003.

41 Roque Caivano. *Arbitraje.* Buenos Aires: AD-HOC, 2000, p. 139

Para concluir, tan sólo queda resaltar que no se puede dejar de lado la importancia del criterio del juez o el árbitro, que en definitiva será quien podrá ponderar en base a las circunstancias fácticas, para así evitar que las propias reglas jurídicas jueguen en contra de los principios de buena fe y equidad por los que fueron creadas.

8. Bibliografía

Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo segundo.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

Aylwin Azócar, Patricio. *El Juicio Arbitral.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Bermann, George. "The Gateway Problem in International Commercial Arbitration." *The Yale Journal of International Law.*

Brekoulakis, Stavros. *Third Parties in International Commercial Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2010.

Caivano, Roque. *Arbitraje.* Buenos Aires: AD-HOC, 2000.

Caivano, Roque. *El Arbitraje y Grupo de Sociedades. Extensión de los Efectos de la Cláusula Arbitral a quienes no han sido Signatarios.* Lima Arbitration. (2006).

CCI No. 6519. Cámara de Comercio Internacional. 1991

CCI No. 7604-7610. Cámara de Comercio Internacional. 1995

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

Corte de Apelación de Estados Unidos. *Astra Oil c. Rover Navigation.* Sentencia del 22 de Septiembre de 2003.

Corte Suprema de los Estados Unidos. *At&T Technologies c. Communications Workers.* Caso Nº 475 U.S. Sentencia de 7 de abril de 1986.

Corte de Apelación de Estados Unidos. *JLM Industries c. Stolt Nielse S.A.* Sentencia del 3 de febrero de 2004.

Corte de Apelación de Estados Unidos. *Smith/Enron Cogeneration c. Smith Cogeneration Int'l.* Sentencia del 15 de septiembre de 1999.

Corte de Apelación de París. *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain.* Caso No. 4131. Sentencia de 23 Septiembre de 1982.

Corte de Apelación de París. *Société V 2000 c. Société Project XJ 220 Ltd.* Sentencia de 7 de diciembre de 1994.

Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. *Procter & Gamble c. Agencia Almadena S.A.* 2 de Junio de 1999.

Decisión del tribunal Federal Suizo. *Revue de l'Arbitrage No. 34P-115/2003.* Sentencia de 16 de octubre de 2003.

Galliard, Emmanual y Savage, John. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration.* Cambridge: Kluwer Law International, 1999.

García Larriva, Hugo. "Partes No Signatarias del Convenio Arbitral: Entre la Realidad Económica y la Ficción Jurídica". *Revista de Arbitraje* (2011).

González de Cossío, Francisco. *Arbitraje.* México: Editorial Porrúa, 2008.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417 Suplemento de 14 de diciembre de 2006.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985.

López Mesa, Marcelo. *La Doctrina de los Actos Propios.* Tesis de grado. Universitas Javeriana Educación, 2009.

Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte General.* Segunda Edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

Orrego Vicuña, Francisco. *La extensión de la cláusula Arbitral a Terceros: Realidades económicas y ficciones jurídicas.* Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011.

Park, William. "Non signatories and International Contacts: an Arbitrator's Dilemma". *Multiple Party Actions in International Arbitration 3.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

Principios UNIDROIT sobre Los Contratos Comerciales Internacionales, 2010.

Silva Romero, Eduardo. *El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje.* LIMA ARBITRATION, 2010 / 2011.

Spota, Alberto. *Contratos Instituciones del Derecho Civil.* Argentina: La Ley, 2009.